

# *Las acciones colectivas en Estados Unidos I*

Antonio Gidi \*

## **SUMARIO**

### **1. Objetivos**

- 1.1 Economía procesal*
- 1.2 Acceso a la justicia*
- 1.3 Efectividad del derecho material*
- 1.4 Sobreposición entre los objetivos*

### **2. Requisitos**

- 2.1 Impracticabilidad del litisconsorcio*
- 2.2 Cuestión común*
- 2.3 Tipicidad*
- 2.4 Representación adecuada*
- 2.5 Sobreposición entre los requisitos*
- 2.6 Provisiones del juez*

### **3. Hipótesis de cabimiento**

- 3.1 Riesgo de conflicto de decisiones*
- 3.2 Conducta uniforme del demandado*
- 3.3 Predominancia de cuestiones comunes*

### **4. Aspectos procedimentales**

- 4.1 Certificación*
- 4.2 Notificación*
- 4.3 Cosa juzgada*
- 4.4 Derecho de autoexclusión*

### **5. Anexo**

---

\* Maestría y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP). Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania y Doctor en Derecho por esta Universidad, donde enseña Derecho Procesal Civil Comparado y Acciones Colectivas en Perspectiva Comparada. El autor es co-relator para el *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

1 Adaptado de la tesis de Doctorado del autor. Ver Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos* (La class action como instrumento de tutela colectiva de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos), São Paulo, 2003. Las notas de pie de página fueron omitidas. Traducción de Laila Duoun <lailad@attglobal.net>, licenciada en Derecho por la Universidad de São Paulo; traductora en Colombia.

## Federal Rule 23 *Traducida*

### 1. Objetivos

Las acciones colectivas tienen tres objetivos: proporcionar economía procesal, acceso a la justicia y aplicación voluntaria y autoritativa del derecho material.

#### 1.1 *Economía procesal*

El objetivo más inmediato de las acciones colectivas es proporcionar eficiencia y economía procesal, al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de una misma controversia sea substituida por una única acción colectiva. Las acciones colectivas promueven el ahorro de tiempo y de dinero no sólo para el grupo autor, como también para el Poder Judicial y para el demandado.

#### 1.2 *Acceso a la justicia*

El segundo objetivo de las acciones colectivas es asegurar acceso efectivo a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por la rama Judicial. Algunos derechos se encuentran al margen de la protección judicial del Estado, como por ejemplo cuando alguien sufre un daño de valor económico reducido. El equilibrio de esa situación cambiaría si centenares o miles de personas en una misma situación pudieran reunirse con la finalidad de solucionar toda la controversia colectiva a través de un único proceso y de una única sentencia, que vincule definitivamente a todos los interesados. Por lo tanto, la acción colectiva sitúa ambas partes (el grupo perjudicado y el demandado) en una posición de igualdad. La acción colectiva puede también proporcionar protección a intereses de personas que sean hiposuficientes, que ni siquiera pueden saber que sus derechos fueron violados o que simplemente no cuentan con la iniciativa, la independencia o la organización necesaria para hacerlos valer en juicio. Los beneficiarios potenciales son niños, discapacitados físicos o mentales, personas pobres o de poca instrucción o simplemente ignorantes de los hechos o de sus derechos.

#### 1.3 *Efectividad del derecho material*

La tercera finalidad buscada por la tutela colectiva de los derechos es tornar efectivo el derecho material y promover las políticas públicas del Estado. Esto se obtiene de dos formas. La primera se hace a través de la realización autoritativa de la justicia en el caso concreto de un ilícito colectivo, corrigiendo de manera colectiva el ilícito colectivamente causado por el demandado (*corrective justice*). La segunda se realiza en forma profiláctica, a través del estímulo a la sociedad para el cumplimiento *voluntario* del derecho, a través del desestímulo a la práctica de conductas ilícitas colectivas mediante su efectiva punición (*deterrence*). En posición intermedia, entre compensación y prevención, se encuentra el cumplimiento voluntario, a través de la amenaza de realización *autoritativa*: los acuerdos colectivos.

#### 1.4 *Sobreposición entre los objetivos*

Todos esos objetivos están presentes, al menos potencialmente, en toda acción colectiva, existiendo entre ellos una substancial sobreposición. Así, en la medida que las acciones colectivas son un instrumento de economía procesal, realizan el ideal de acceso a la justicia y por consiguiente, de efectivación del derecho material.

## 2. Requisitos

Una acción sólo podrá ser conducida en forma colectiva si todos los requisitos previstos en la *Rule 23(a)*<sup>2</sup> estuvieren presentes. Tales requisitos (*prerequisites*) buscan proporcionar un proceso justo, para que los riesgos de injusticia a los miembros ausentes del grupo no se sobrepongan a las ventajas del juzgamiento uniforme de la controversia colectiva.

Así, (1) el grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos sus miembros sea impracticable; (2) deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo; (3) los pedidos o defensas del representante del grupo deben ser típicos de los pedidos o defensas de los miembros del grupo y (4) los intereses del grupo deben estar adecuadamente representados en juicio. Todos esos requisitos necesitan estar presentes en todos los tipos de *class action*. La ausencia de uno solo de ellos comprometerá su admisibilidad como acción colectiva, aunque la acción pueda proseguir en la forma individual entre autor y demandado.

La parte que solicita tratamiento colectivo de la disputa (que tanto puede ser el representante del grupo como la parte contraria, tanto el autor como el demandado) tiene a su cargo demostrar y convencer al juez que, en un determinado proceso, todos los requisitos exigidos por la *Rule 23(a)* están cumplidos. En caso contrario, la certificación de la acción colectiva será denegada.

### 2.1 Impracticabilidad del litisconsorcio

Para que la tutela colectiva sea permitida, la *Rule 23* exige que el grupo (*class*) sea en tal forma numeroso, que el litisconsorcio o la intervención de todos los miembros en un proceso sea impracticable (*joinder impracticability* o *numerosity*). Pero impracticable no significa imposible. Habría impracticabilidad del litisconsorcio si en la práctica no fuera viable que todos los miembros del grupo se unieran para proponer un litigio en litisconsorcio. Por ejemplo, puede ser extremadamente difícil o costoso para el representante identificar, encontrar, contactar e invitar la participación de cada uno de los miembros ausentes del grupo.

No existe un número predeterminado de miembros que, *a priori*, llene el requisito de la impracticabilidad del litisconsorcio, porque el requisito no es una cuestión meramente numérica, sino que involucra el análisis de una serie de factores a ser evaluados en el contexto de cada caso concreto. Las decisiones existentes son conflictantes y no suministran modelos muy confiables. Así, se consideró que un grupo de 13 demandados, o de 14 o 17 autores, fue suficiente para satisfacer el requisito, mientras que un grupo de 300 o 350 no lo fue. No hay normas rígidas y es necesario evaluar todas las circunstancias que involucren el caso concreto para poder determinar la impracticabilidad del litisconsorcio.

Cuando, por ejemplo, el grupo es muy numeroso, el propio sentido común nos dice que ese número demuestra ya la impracticabilidad y la inconveniencia de exigirse el litisconsorcio de todos sus miembros. Cuando el grupo cuenta con pocos miembros, otros factores deben ser analizados para evaluar la impracticabilidad del litisconsorcio, además

---

<sup>2</sup> A *Rule 23* está traducida en anexo.

del número absoluto de miembros. Muchos son los factores que pueden influenciar el magistrado para que acepte una acción colectiva propuesta en tutela de pequeños grupos, de 20 a 40 miembros (*small class*). Ejemplos de esto son los grupos formados por personas hiposuficientes (como los niños, los portadores de discapacidades físicas, mentales, intelectuales, culturales o financieras) o simplemente ignorantes de los hechos o del derecho. Además, es importante evaluar el reducido valor de las pretensiones individuales de los miembros del grupo, tornando antieconómica la proposición de acciones individuales o incluso la intervención en un proceso individual, ya entablado por otro miembro del grupo.

## 2.2 Cuestión común

Para que una acción tenga cabimiento en la forma colectiva, es necesario que la situación del caso concreto permita la decisión unitaria de la controversia. Para tanto, es imperativo que existan cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (*common questions of law or fact*), situando a todos en condición semejante (*similarly situated*). Es éste un requisito indispensable, que constituye el fundamento de cualquier acción colectiva y de la propia existencia de una controversia de naturaleza colectiva y de un grupo. Si cada miembro del grupo tuviera un derecho distinto, basado en hechos distintos, con material probatorio distinto, invocando una causa de pedir distinta, no existiría la posibilidad de tutela uniforme. Una acción colectiva sería imposible.

Un análisis de varias decisiones que han confrontado el tema nos permite concluir que habrá cuestión común todas las veces que las circunstancias del caso concreto permitan una decisión unitaria de la controversia colectiva. Como muy bien observó Geoffrey C. Hazard Jr., la peculiaridad de las acciones colectivas es el hecho de que un gran número de personas, en algún aspecto de sus situaciones jurídicas, sean indistinguibles entre sí y por tanto puedan ser tratadas en juicio como una sola persona. Esto porque en ese aspecto fueron tratadas por la contraparte como si constituyeran una única persona.<sup>3</sup> Así, la individualidad de cada miembro se pierde en el anonimato del grupo y se cubre con el manto de la cuestión común.

La ley exige la presencia de una cuestión común de hecho o una cuestión común de derecho; no exige la presencia de ambas. No es necesario que las situaciones individuales de todos los miembros del grupo sean exactamente iguales en todo sentido o que todas las cuestiones de hecho o de derecho levantadas en el proceso sean comunes a todos los miembros. Es de esperarse que existan algunas diferencias entre las situaciones individuales de los miembros del grupo. Basta que la diversidad natural entre las innumerables situaciones particulares no perjudique la existencia de un núcleo de la controversia común al grupo. Además, para que la cuestión sea común, no es necesario que la conducta ilícita del demandado sea exactamente la misma ante todos los miembros del grupo. Varias conductas semejantes (o aún distintas) pueden formar parte de un plan delineado con el objeto de perjudicar a un grupo de personas. En algunos casos, se puede desconsiderar la diversidad de las conductas aisladas, surgiendo un núcleo común en la conducta de la parte demandada (*common core of conduct*).

---

<sup>3</sup> Como se ve, la cuestión común no es generada por una actividad de los miembros del grupo, sino por la conducta del demandado ante ellos.

La existencia de la cuestión común en un determinado contexto dependerá exclusivamente de la peculiaridad de la situación de hecho y de la disciplina que el derecho material dé a la materia. Si la norma reguladora de la controversia colectiva atribuye a distintas situaciones fácticas individuales consecuencias jurídicas distintas, no existirá cuestión común congregando a todos los miembros en un único grupo homogéneo. Sin embargo, si para el derecho las diferencias entre las distintas situaciones individuales fueren irrelevantes, el requisito estará presente.

### 2.3 Tipicidad

El tercer requisito exigido por la *Rule 23* para el cabimiento de una acción colectiva es que los pedidos o las defensas del representante del grupo sean típicos de los pedidos o de las defensas de los miembros del grupo (*typicality of claims or defenses*). Además de la existencia de una cuestión común entre los miembros del grupo, es necesario que el representante tenga los mismos intereses y que haya sufrido el mismo ilícito que los demás, siendo él mismo uno de los miembros de ese grupo. La pretensión del representante debe originarse del mismo evento, práctica o conducta que dio origen a la pretensión de los demás miembros del grupo y debe estar basada en el mismo fundamento jurídico.

El representante del grupo propone la acción colectiva en su propio nombre y en nombre de todas las personas en situación similar (*sue on behalf of himself and all others similarly situated*). Así, en una acción colectiva coexisten dos tipos de peticiones independientes: el pedido individual del representante y el pedido colectivo del grupo. El requisito de la tipicidad asegura que el pedido realizado en tutela del derecho individual del autor sea orientado también hacia la solución de la cuestión común que afecta el grupo. El objetivo es asegurar la consistencia entre los intereses del representante y del grupo que él pretende representar, para que ninguna pretensión o interés de un miembro ausente sean descuidados en el proceso.

### 2.4 Representación adecuada

El cuarto y último requisito previsto en la *Rule 23(a)* para que una acción sea aceptada como colectiva es que el candidato a representante proteja adecuadamente (*fairly and adequately*) los intereses del grupo en juicio (*adequacy of representation o vigorous prosecution test*). Ese requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes y, por consiguiente, es indispensable para que puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en la acción colectiva. En fin, si los miembros ausentes serán vinculados por el resultado de una acción dirigida por alguien que se declara representante de sus intereses, los conceptos básicos de justicia imponen que esa representación sea adecuada. Sin lugar a dudas, ese es el requisito más importante que será evaluado por el juez, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

La garantía constitucional del debido proceso legal asegura que nadie sea privado de sus bienes sin ser oído en juicio (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*). La *adequacy of representation* es un corolario de la garantía del debido proceso legal, siendo considerada suficiente para asegurar la garantía de que cada miembro del grupo sea oído individualmente en juicio. En las *class actions*, se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes en juicio a través de la figura del representante, que funciona como una especie de “portavoz” de los intereses del grupo. El derecho de ser oído en juicio se reduce entonces al derecho de ser oído *a través* del representante.

Mediante ese requisito, la ley alcanza tres resultados. Se minimiza simultáneamente el riesgo de colusión, se estimula una conducta vigorosa del representante y del abogado del grupo y se asegura traer al proceso todos los intereses reales de los miembros ausentes. El objetivo es garantizar en lo posible que el resultado obtenido con la tutela colectiva no sea distinto del que se obtendría si los miembros estuvieran defendiendo personalmente sus intereses.

El juez es responsable de garantizar que el proceso colectivo sea adecuadamente conducido. Para esto, acompañará atentamente todas las fases del proceso, controlando de cerca todas las actividades de las partes. La necesidad de control judicial se ve potencializada por el hecho de que el representante actúa independientemente de la autorización y fuera del control de los representados.

Al certificar la acción colectiva, el juez efectuará una evaluación preliminar y *prospectiva* del requisito, verificando si el candidato a representante tendrá condiciones de actuar adecuadamente en beneficio del grupo. La acción será “certificada” como colectiva únicamente si el juez considera que ese requisito está presente. La certificación de la *class action* no significa, empero, que la cuestión esté precluída. Debe el juez monitorear de cerca la adecuación del representante durante todas las etapas del procedimiento, desde la proposición de la acción hasta su final, a través de un control ejercido *ex officio*. Ni siquiera la formación de la cosa juzgada precluye la cuestión de la representación adecuada ante los miembros ausentes: si el grupo o algunos miembros no son adecuadamente representados en juicio, no podrán ser legítimamente vinculados por la sentencia colectiva. Si en acción futura, mediante una evaluación *retrospectiva*, fuere establecida la inadecuación de la representación, el juez negará el efecto de cosa juzgada a la sentencia colectiva. Bajo muchos aspectos, el juez de la acción posterior estará mejor preparado que el juez original para detectar algunas inadecuaciones en el proceso colectivo anterior.

Aunque parezca contradictorio e irónico, la contraparte tiene interés en velar por la adecuación del representante del grupo. Por lo tanto, es común que la parte contraria impugne vehementemente la adecuación del representante, con el único objetivo de estimular una investigación más profunda por parte del juez y una decisión expresa sobre el tema en los expedientes. Solamente en un litigio contra representantes adecuados podrá ella contraponer, frente a todos los interesados y con fuerza de cosa juzgada, una eventual decisión contraria a los intereses del grupo.

El requisito de la adecuación de la representación está constituido por dos elementos: la posibilidad de garantizar una vigorosa tutela de los intereses de los miembros ausentes y la ausencia de antagonismo o conflicto de intereses con el grupo. Ambos elementos deben ser evaluados, tanto con relación al representante como con relación al abogado del grupo.

El requisito de la adecuada representación es un criterio cualitativo y no cuantitativo, que será evaluado por el juez según las circunstancias del caso concreto. No es el número de representantes ni el valor de su pretensión individual los criterios que guiarán al juez en su decisión. Teóricamente, el candidato a representante debería demostrar un carácter apto a asegurar la vigorosa defensa de los intereses del grupo (*vigorous prosecution or defense of the action*), en tal forma que la garantía del debido proceso legal no sea violada. De ahí proviene que el requisito sea también conocido como *vigorous*

*prosecution test*. Sin embargo, en la práctica, los tribunales se han sometido a la realidad de los hechos, considerando que el abogado es el verdadero *dominus litis* e ignorando, expresa o implícitamente, la verdad de que muchos representantes no muestren el más mínimo interés en participar activamente de la acción o en controlar la actuación del abogado. Luego de un breve y rutinario análisis de la adecuación y la tipicidad del representante en la fase inicial del proceso (certificación), él desaparece del escenario.

El escrutinio de la adecuación del abogado es un factor importante en la evaluación del requisito, siendo éste, en la práctica, el aspecto principal en el cotejo de la presencia de ese requisito. La adecuación del abogado se determina con relación a los intereses del grupo y de sus miembros y no frente a los intereses del representante. El abogado trabaja para el grupo como un todo y no para el representante que lo ha contratado. Puesto que en el proceso colectivo la parte en juicio titular de la pretensión colectiva es el grupo, el cliente del abogado es el grupo y la responsabilidad del abogado se ejerce hacia el grupo. Así, debe representar en juicio los intereses de la colectividad, aunque entren en conflicto con los intereses del representante.

No es indispensable que el abogado sea, necesariamente, experimentado en el campo del derecho material abordado en la acción colectiva, o incluso en las técnicas del proceso colectivo, pese a que su experiencia previa será un factor favorablemente evaluado por el juez. Todo dependerá de la calidad del trabajo que el abogado presenta en la tutela del caso.

Ante los elevados valores en juego en una controversia colectiva y el gran número de personas involucradas y la complejidad de las relaciones existentes entre ellas, las acciones colectivas son fuente inagotable de conflictos y antagonismos.

Los conflictos de intereses pueden manifestarse en todos los aspectos de las acciones colectivas, desde la conveniencia de su proposición y la adecuación de la pretensión formulada, hasta la adecuación de los términos del acuerdo. Además, los conflictos pueden existir entre todos los actores involucrados en la controversia colectiva. Por ejemplo, puede existir conflicto entre el representante y el grupo, entre los miembros del grupo y entre el abogado del grupo y el grupo. Puede también haber conflicto entre el abogado del grupo y el representante o entre los representantes o entre los abogados del grupo, si son más de uno.

No sería adecuado permitir que los miembros de un grupo tuvieran sus intereses representados en juicio por una persona cuya pretensión sea distinta, que busque una providencia (*relief*) inadecuada o cuya proposición de la acción sea totalmente desaprobada por el grupo. Así, no es suficiente que exista cuestión común y tipicidad de la pretensión del representante: es también necesario que existan intereses comunes en las cuestiones comunes.

La evaluación de la existencia inherente de conflictos de intereses entre el abogado y el grupo es un factor muy importante para asegurar que sean protegidos los intereses de los miembros ausentes. La gran mayoría de las *class actions* es propuesta bajo la responsabilidad financiera del abogado, quien anticipa los elevados gastos de conducir un proceso complejo. En muchos casos, estas expensas pueden sobrepasar varias decenas o centenas de miles de dólares. El abogado trabaja gratuitamente hasta el final del proceso, cuando obtendrá en recompensa la cancelación de los gastos pagados anticipadamente por

él, así como una tercera parte del valor de la condena, a título de honorarios de abogado. En innumerables situaciones en el curso de la acción colectiva, los intereses del abogado entran en conflicto frontal con los intereses del grupo. Tales conflictos se intensifican al realizarse un acuerdo y en los casos donde las pretensiones individuales de los miembros del grupo son pequeñas. Puesto que el interés financiero del abogado es muy grande, existe un bien fundado temor de que él pueda descuidar los intereses reales del grupo. Frente a intereses tan elevados en juego, la conducta del abogado debe ser rigurosamente fiscalizada por el juez durante todo el procedimiento.

### 2.5 Sobreposición entre los requisitos

La línea que delimita la esfera de alcance conceptual de los requisitos es oscura y existe un espacio substancial donde éstos se sobreponen y se confunden, prácticamente, en muchos aspectos. No siempre es fácil distinguir dónde termina uno y empieza el otro. Ese fenómeno es más caracterizado, especialmente entre los requisitos de la cuestión común y de la tipicidad y entre los requisitos de la tipicidad y de la representación adecuada. Sin embargo, la sobreposición no significa redundancia y los tres requisitos no se confunden completamente, porque cada uno posee objetivos distintos y aborda aspectos distintos del mismo fenómeno.

### 2.6 Provisiones del juez

La ausencia de uno de los requisitos de la acción colectiva (cuestión común, tipicidad y representación adecuada) no lleva, necesariamente, a la extinción de la acción colectiva. El juez podrá, dependiendo de las peculiaridades del caso concreto:

a) Redefinir el grupo (*class redefinition*), restringiéndolo a un grupo que satisfaga el requisito (*Rule 23(c)(1)*);

b) Limitar la controversia colectiva a aquella porción de la controversia afectada por la cuestión común y por la tipicidad, dejando que las cuestiones individualizadas sean verificadas posteriormente, en acciones individuales – acción colectiva parcial (*issue class action*) (*Rule 23(c)(4)(A)*);

c) Notificar el grupo e invitar la intervención de otros miembros para que substituyan o ayuden el representante, perfeccionando el requisito, o para que informen al juicio si consideran que el representante es adecuado. (*Rule 23(d)(2)*);

d) Invitar otros abogados a sustituir o colaborar con el abogado del grupo;

e) Dividir el grupo en subgrupos más homogéneos (*subclasses*), eventualmente nombrando otros miembros y abogados para representar cada subgrupo, si es necesario (*Rule 23(c)(4)(B)*).

f) Negar la posibilidad de proseguimiento de la acción colectiva, no certificándola por falta del requisito: la acción podrá seguir solamente en forma individual.

Tales decisiones pueden ser tomadas en cualquier tempo durante el proceso. En efecto, en muchos casos la situación solamente se proyecta claramente en una etapa avanzada del procedimiento. Sin embargo, el juez debe tratar de “salvar” la acción colectiva siempre que alguna providencia pueda solucionar el problema. Cualquier duda en cuanto a la propiedad o la oportunidad de una *class action* debe resolverse en favor de su



certificación. La extinción de la acción debe considerarse siempre como el último recurso, una decisión a ser tomada apenas en casos extremos.

### 3. Hipótesis de cabimiento

Una acción colectiva sólo puede ser iniciada en defensa de una pretensión colectiva si, además de la presencia de todos los requisitos arriba, la situación fáctica se subsume en una de las hipótesis de cabimiento prevista por las subdivisiones (b)(1), (b)(2) y (b)(3) de la *Rule 23.4*. Esos son los “tipos” o “categorías” de acciones colectivas previstas en el ordenamiento norteamericano (*types of class actions*). Aunque no exista, propiamente, esa concepción en la doctrina procesal norteamericana, es más adecuado tratarlas como “hipótesis de cabimiento” de una acción colectiva.

Corresponde a la parte que solicita el tratamiento colectivo de la disputa (que tanto puede ser el representante del grupo, como la contraparte, tanto el autor como el demandado) demostrar y convencer al juez de que la situación fáctica se subsume a una de las hipótesis de cabimiento previstas en la *Rule 23(b)*.

Las acciones del tipo (b)(3) se orientan predominantemente hacia la tutela de pretensiones de carácter pecuniario o indemnizatorio y las acciones del tipo (b)(1) e (b)(2) se orientan predominantemente hacia las pretensiones de carácter declaratorio o injuntivo. En ningún momento la *Rule 23* o el derecho norteamericano ha creado especies o categorías abstractas de intereses o derechos subjetivos, tales como los “derechos difusos”, “colectivos” e “individuales homogéneos”. La categoría misma del “derecho subjetivo”, una de las bases de nuestra Teoría General del Derecho, es inexistente en el sistema norteamericano y totalmente irrelevante para su funcionamiento.

La diferenciación entre las acciones colectivas de los tipos (b)(1) y (b)(2) no presenta mayores dificultades, puesto que el procedimiento y los requisitos de ambas es básicamente el mismo. Por lo tanto, es común encontrar decisiones que certifican una acción colectiva con base en uno de esos dispositivos, sin especificar exactamente en cuál de ellos. Sin embargo, es importante diferenciar el tipo (b)(3) de los demás, porque las consecuencias en el campo del procedimiento son muy importantes, principalmente en cuanto a la exigencia de notificación personal a los miembros ausentes (*notice*) y al derecho de que los miembros se autoexcluyan del grupo (*right to opt out*). No obstante, aunque se acepte como incontestable y que tanto la doctrina como la jurisprudencia norteamericanas repitan mecánicamente esas reglas, sin reflexionar e incluso buscando explicaciones constitucionales que las justifiquen, la verdad es que no existe cualquier razón que autorice el tratamiento diferenciado concedido por el derecho norteamericano a las acciones colectivas del tipo (b)(3).

#### 3.1 Riesgo de conflicto de decisiones

De acuerdo con la *Rule 23(b)(1)*, una acción colectiva tiene cabimiento cuando todos los requisitos previstos en la *Rule 23(a)* están presentes y cuando la propuesta de distintas acciones individuales por parte de los miembros del grupo (o contra ellos) podría crear el riesgo de:

---

4 La *Rule 23* está traducida en anexo.

(A) Decisiones inconsistentes o conflictantes frente a los miembros del grupo, o que podría establecer modelos de conducta incompatibles para la contraparte del grupo, o

(B) Decisiones frente a los miembros del grupo que podrían, en la práctica, perjudicar los intereses de los otros miembros, ajenos al proceso individual, o impedir o disminuir substancialmente su capacidad de proteger sus intereses.

Las acciones colectivas previstas en esa subdivisión se han concebido para evitar daños o dificultades para los miembros del grupo o para la contraparte, en el caso de decisiones incompatibles, generadas por la proposición de una multiplicidad de acciones individuales ante una misma controversia colectiva. La solución encontrada fue permitir el juicio unitario de toda la controversia en un único proceso.

La *Rule 23(b)(1)*, en sus subdivisiones, se refiere a una misma situación (los riesgos ocasionados por la proposición de distintas acciones individuales en favor o en contra de los miembros del grupo) enfocada bajo dos puntos de vista distintos. Mientras la primera hipótesis (A) analiza los riesgos bajo el punto de vista de la contraparte del grupo, la segunda (B), analiza el fenómeno bajo el punto de vista de los miembros ausentes del grupo. Desde el punto de vista de los miembros del grupo (*Rule 23(b)(1)(B)*), la cuestión es la siguiente: ¿las distintas acciones individuales propuestas por algunos miembros pueden perjudicar los intereses de otros miembros o afectar, en la práctica, la capacidad de su tutela? Desde el punto de vista de la contraparte (*Rule 23(b)(1)(A)*), la cuestión levantada es otra: ¿las acciones individuales propuestas por personas en situaciones similares pueden generar decisiones conflictantes o inconsistentes, hasta el punto de establecer modelos incompatibles de conducta para el demandado?

La *Rule 23(b)(1)(A)* permite una acción colectiva cuando la proposición de múltiples acciones individuales pudiera someter la contraparte del grupo a estándares incompatibles de conducta. Por esa razón, ese tipo de acción colectiva se conoce como “*incompatible standards class action*”. Ese es el tipo de acción colectiva adecuado en los casos de acciones propuestas para invalidar un tributo o una ley, o acciones propuestas por accionistas (*shareholders*) para compeler la “declaración de un dividendo” (*declaration of a dividend*). Es también el tipo de acción colectiva utilizada para compeler una empresa de seguros de salud, de telecomunicaciones o de distribución de agua, gas o energía eléctrica, a practicar o dejar de practicar una determinada conducta frente a todos sus clientes o usuarios. Igualmente, es la acción colectiva propuesta en los casos donde el titular de una patente (*patent owner*) propone una *defendant class action* contra el grupo de violadores de su derecho. La subdivisión (A) también se utiliza para promover una decisión unitaria, en los casos donde la contraparte debe tratar de modo uniforme los miembros del grupo, sea por disposición de ley o por la naturaleza del derecho.

A su vez, la acción colectiva prevista en la *Rule 23(b)(1)(B)* busca solucionar el riesgo de que una acción individual, propuesta por (o contra) algunos miembros del grupo, pueda en la práctica perjudicar los intereses de los demás miembros o impedir o dificultar la protección de sus intereses. En tales casos, una decisión unitaria de la controversia colectiva es esencial para la realización de la justicia en forma global, frente al grupo como un todo. Se trata de la misma situación contemplada en la subdivisión (A), pero bajo el punto de vista de los miembros del grupo, que podrían ver sus derechos comprometidos en una acción de carácter individual propuesta por otra persona, sin que sus intereses sean

considerados por el juez o tutelados por un representante adecuado. Se conoce como *prejudice class action*.

La situación típica en que cabe ese tipo de acción colectiva tiene lugar en los casos donde el dinero disponible para pagar las indemnizaciones debidas a un grupo es insuficiente para satisfacer las pretensiones de todos los afectados por la conducta ilícita del demandado. Eso sucede, por ejemplo, cuando el demandado está en quiebra o irá a la quiebra si las acciones individuales de todos los miembros del grupo perjudicado se juzguen procedentes. Las primeras acciones individuales ejecutadas contra ese fondo insuficiente pueden agotar prematuramente el dinero disponible, dejando a los demás miembros del grupo sin posibilidad de recibir cualquier indemnización. En estos casos, no se está, técnicamente, violando los derechos de los miembros retardatarios, puesto que ellos no son afectados por la cosa juzgada producida *inter alia*. Sin embargo, en la práctica, esos miembros están siendo perjudicados en sus intereses económicos.

Una empresa bajo el riesgo de quiebra, negocia un acuerdo colectivo con el abogado del grupo, buscando garantizar su subsistencia. Ese tipo de acción colectiva se conoce comúnmente como “*limited fund class action*”. Para su cabimiento, es necesario que la parte interesada en mantener la acción bajo forma colectiva (que puede ser el autor o el demandado) compruebe que el valor de las pretensiones indemnizatorias individuales es superior al fondo disponible para su pago.

Por su propia naturaleza, esas acciones colectivas no permiten que los miembros tengan derecho de autoexclusión del grupo (*right to opt out*). Si pretenden impedir decisiones inconsistentes que lleven el demandado a una situación de conflicto, o promover una división proporcional del fondo y evitar que las primeras acciones individuales dilapiden el patrimonio del demandado (o de otra forma, perjudiquen los derechos de los demás miembros del grupo), no tiene sentido permitir que algunos miembros se excluyan del grupo para iniciar sus propias acciones individuales. Permitir el derecho de autoexclusión en ese caso significaría negar efectividad a la tutela colectiva.

### 3.2 Conducta uniforme del demandado

La *Rule 23(b)(2)* autoriza la proposición de una *class action* cuando todos los requisitos previstos en la *Rule 23(a)* están presentes y la contraparte al grupo actuó, se negó a actuar o dejó de ejercer un deber legal de modo uniforme ante el grupo, así tornando apropiada una sentencia ordenatoria (orden – *injunction relief*) ou declaratoria (*declaratory relief*) frente al grupo como un todo. Son las *injunctive class actions* y las *declaratory class actions*.

No es necesario que la contraparte del grupo haya actuado o dejado de actuar directamente contra cada uno de los miembros del grupo o que haya perjudicado a todo el grupo. Es suficiente que su conducta afecte un grupo de personas de manera similar. El principal ejemplo de ese tipo de acción colectiva es el de las *civil rights class actions*, sobre todo en los casos de discriminación y de segregación racial en hospitales, escuelas, penitenciarías y empresas. Pero su aplicación es mucho más amplia, involucrando cualquier situación controvertida que pueda solucionarse a través de una decisión ordenatoria o declaratoria. Entre los ejemplos más comunes están las acciones laborales, ambientales, antimonopolio, de patente, *securities* y declaratorias de inconstitucionalidad.

La conveniencia de un tratamiento uniforme o indivisible para la pretensión colectiva que se encuadre en esa hipótesis de cabimiento es clara. Por eso, la ley no atribuye a los miembros el derecho de excluirse del grupo (*right to opt out*), ni exige que todos los miembros sean notificados de que la acción fue propuesta. Aunque no haya previsión legal del derecho de autoexclusión en ese tipo de acción colectiva, el juez tiene el poder discrecional de crearla en un determinado caso concreto, a través del poder atribuido por la *Rule 23(d)(2)*.

### 3.3 Predominancia de cuestiones comunes

La *Rule 23(b)(3)* autoriza que una *class action* sea propuesta cuando todos los requisitos previstos en la *Rule 23(a)* estén presentes y el juez considere que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualesquier cuestiones que afecten sólo a los miembros individualmente (*predominance test*) y la tutela colectiva sea una técnica superior a otros métodos disponibles para el justo y eficiente juzgamiento de la controversia (*superiority test*).

La *class action* prevista en la *Rule 23(b)(3)* es una acción colectiva de naturaleza predominantemente indemnizatoria, siendo conocida comúnmente como *class action for damages*. Pero su empleo no se limita a las pretensiones indemnizatorias: tiene cabimiento siempre que se cumplan los criterios mínimos de la predominancia de las cuestiones comunes y de la superioridad de la tutela colectiva. Frente al hecho de que su requisito más característico es la predominancia de cuestiones comunes, también se conoce como *common question class action*.

La tutela colectiva en esos casos no se impone por la indivisibilidad de la situación conflictiva, ni por la necesidad de dar solución uniforme a la controversia, como en algunos de los casos analizados anteriormente, sino por la simple posibilidad y conveniencia de esa tutela.

Hay una sobreposición clara entre el requisito previsto en la *Rule 23(a)(2)* – que requiere la existencia de cuestiones comunes de hecho y de derecho para que una acción colectiva sea viable – y el criterio de la predominancia de esas cuestiones comunes, como hipótesis de cabimiento de una *class action*. Por ese motivo, decisiones judiciales y artículos doctrinarios analizan ambos aspectos conjuntamente. En un primer paso, se debe evaluar la presencia de la cuestión común y enseguida su predominancia, en el caso concreto, sobre las cuestiones individuales de los miembros del grupo (o sea, no comunes). La predominancia se considera un *plus* a la mera existencia de cuestiones comunes y la diferencia entre ambos es solamente una cuestión de grado.

La acción colectiva del tipo (b)(3) debe mostrarse como una técnica superior a los demás métodos disponibles para el justo y eficiente juzgamiento de la controversia colectiva. Ese criterio demuestra el carácter eminentemente pragmático del derecho procesal civil norteamericano. La acción colectiva es un instrumento traumático: se trata de un procedimiento costoso, demorado y desgastante, tanto para las partes como para el poder Judicial. Además, se decide con inmutabilidad de cosa juzgada el derecho de personas que no tendrán la oportunidad de ser oídas directamente en juicio. Si existen formas de tutela de los derechos del grupo que sean más eficientes o más económicas, no existe motivo para recurrir a la acción colectiva.

Se trata de un criterio comparativo. Es necesario que la tutela colectiva sea una técnica superior a otra técnica *disponible* en la práctica para la solución de la controversia. En realidad, es suficiente que la tutela colectiva no sea inferior: no es necesaria su superioridad. El derecho norteamericano posee algunas técnicas procesales alternativas a la tutela colectiva, que no se encuentran disponibles en el derecho procesal civil continental. Algunos ejemplos de esas técnicas son la consolidación (*consolidation*), la transferencia (*transfer*), el *test case*, el *joint trial*, el *mini-trial*, la aplicación del *collateral estoppel* y del *stare decisis*, la amplia y flexible posibilidad de litisconsorcio (*joinder of parties*, Rule 20) y de intervención (*intervention*, Rule 24) o incluso la remesa de casos para su solución a través de un órgano o entidad gubernamental (*administrative agency*), entre otros. Por tanto, el requisito de la superioridad es prácticamente inaplicable en nuestro sistema.

## 4. Aspectos procedimentales

### 4.1 Certificación

Antes que una acción pueda proseguir en la forma colectiva, necesita recibir el *imprimatur* del juez, a través de una decisión que “certifique” (*certification*) que la acción puede ser procesada en la forma colectiva. Según la Rule 23(c)(1), apenas propuesta la acción, el juez deberá evaluar la presencia de los requisitos previstos en la Rule 23(a) y la conformidad de la situación fáctica a una de las hipótesis de cabimiento previstas en la Rule 23(b). Si el juez niega la solicitud de certificación de la acción colectiva, esta no será extinta, pero proseguirá como una acción individual entre el autor y el demandado. Es como si el procedimiento contuviera dos acciones independientes (la acción colectiva y la individual).

La expresión “*certification*” (o *class certification*) se usa también en otro sentido, “como certificación del grupo” (*certification of a class* o *class definition*), decisión a través de la cual el grupo tiene sus contornos definidos y obtiene reconocimiento jurídico como una entidad. Con esa decisión, la pretensión colectiva del grupo pasa a ser independiente de la pretensión individual del representante.

El análisis del mérito de la causa no puede influenciar la decisión sobre la certificación de la acción colectiva. La certificación es una decisión de naturaleza eminentemente procesal, que se refiere exclusivamente al cabimiento de la acción en la forma colectiva.

La certificación es una decisión muy importante en el proceso colectivo. Esa decisión tiene el poder de transformar una masa amorfa de individuos en una entidad jurídicamente reconocida y capaz de ir a juicio a defender sus intereses. Esa es la decisión que técnicamente hace de la acción propuesta una acción colectiva y, consecuentemente, asegura eficacia *erga omnes* a la cosa juzgada de ella proveniente. Al certificar la *class action*, el juez define los contornos del grupo (*class definition*), evalúa la presencia de los requisitos previstos en la Rule 23(a) y decide cuál de los tipos de acción colectiva previstos en la Rule 23(b) se trata.

Si la certificación es denegada, la acción pasará a tener naturaleza meramente individual, involucrando la pretensión individual del autor y sin cualquier relevancia social inmediata. Sin embargo, si se certifica la acción, la controversia cambia de nivel: deja de

tener repercusión limitada al autor y al demandado, para referirse a un gran número de personas, aumentando considerablemente el valor en causa y la dimensión política de los intereses en juego e incrementando los riesgos para el demandado, quien pasa a enfrentar una responsabilidad civil masiva, respondiendo en juicio por la totalidad de las consecuencias de su conducta.

Esa decisión puede incluso determinar el destino de la pretensión del grupo. Si no hay ninguna otra técnica alternativa para la solución de la controversia (como sucede, por ejemplo, en los casos donde las pretensiones individuales son muy reducidas, hasta el punto de que no justifican la proposición de acciones individuales) negar el proseguimiento de la acción en la forma colectiva es negar la posibilidad de apreciación de la controversia colectiva por parte del poder judicial. En la gran mayoría de los casos, hasta la acción individual originaria será extinta, por desistencia del candidato a representante. Para la parte y para el abogado difícilmente habrá el incentivo de que la acción prosiga en su forma individual, estando la efectividad de la cosa juzgada limitada solamente a las partes.

Por ese motivo, la disputa entre las partes sobre la certificación de la acción colectiva, en general, es una de las más áridas batallas en una *class action*. En innumerables casos, en realidad es la única. En general, en la práctica, el demandado se opone ferozmente y levanta todas las objeciones imaginables para impedir la certificación, buscando escapar al escrutinio colectivo de la responsabilidad por sus actos. Sin embargo, una vez sea certificada la acción colectiva, el equilibrio del litigio se altera.

La certificación es una decisión crucial en el proceso, que altera el (des)equilibrio entre las partes: antes de la certificación, la posición del grupo es muy precaria; con la certificación, su poder de trueque aumenta considerablemente. El demandado pasa a estar más disponible a las negociaciones de acuerdo y busca usar la acción colectiva a su favor, para obtener un acuerdo que vincule todos los miembros del grupo y cierre la cuestión definitivamente.

#### 4.2 Notificación

El objetivo de la notificación (*notice*) es informar a los miembros ausentes sobre la proposición y la certificación de una acción colectiva propuesta en tutela de sus intereses. Es imperativo proporcionar a los miembros del grupo una información adecuada sobre la causa, los derechos y los riesgos que conciernen los miembros, para que ellos puedan decidir cuál es la mejor conducta a seguir ante la acción colectiva. Una vez notificados, los miembros pueden intervenir en el proceso, controlar la actuación (y la adecuación) del representante, contribuir con las pruebas y las informaciones de que dispongan o aún ejercer el derecho de autoexclusión del grupo, si no desean ser afectados por la cosa juzgada de la acción colectiva.

Para que la posibilidad de auxilio y control por parte de los miembros ausentes sea realista y no meramente ficticia, la notificación debe ser emitida en una fase inicial del proceso, generalmente enseguida de la certificación. Una notificación demasiado tardía seguramente reducirá la efectividad de la actuación de los miembros del grupo a una simple escogencia entre excluirse o permanecer en el grupo.

La ley y el buen sentido solamente exigen que los miembros ausentes del grupo sean “notificados” (*notice*). No es necesario que sean respetadas las formalidades inherentes a la citación (*service of process*). La citación de cada miembro del grupo haría

de todos ellos partes formales del proceso y descaracterizaría el aspecto representativo de la acción colectiva. Cuando la ley exige notificación personal, hacerla por correo será suficiente. Cuando esta notificación no sea posible o no sea obligatoria, se exige solamente que se haga un esfuerzo genuino para informar a los miembros ausentes y que el método escogido sea calculado para comunicarles la existencia de la acción y darles la oportunidad de participar.

Si la notificación se considera insuficiente o inadecuada, la sentencia en una acción colectiva no vinculará los miembros del grupo. Eso puede ocurrir en recurso en el mismo proceso colectivo o a través del *collateral attack* en una acción posterior (individual o colectiva). Una adecuada notificación, al contrario, concede legitimidad a la sentencia colectiva y la hace menos vulnerable a impugnaciones posteriores. Por ese motivo, los jueces analizan la cuestión de la necesidad y de la forma de la notificación con extremada cautela.

Si existe una actividad direccionada adecuadamente para notificar a todos los miembros ausentes, es irrelevante que algunos de ellos no hayan sido efectivamente notificados. Se presume que los miembros notificados representen los intereses de quienes desconocen la notificación. Sin embargo, el miembro que no obtuvo ese conocimiento con tiempo para ejercer el derecho de autoexclusión, puede obtener un permiso del juez para ejercerlo fuera del plazo estipulado. En las *class actions* del tipo (b)(3), sin embargo, si ni siquiera se le envió la debida notificación a un miembro fácilmente identificable, éste no será afectado por la cosa juzgada.

De acuerdo con la *Rule 23(c)(2)*, en las *class actions* del tipo (b)(3) la notificación a los miembros del grupo es obligatoria. La ley prescribe la mejor notificación posible ante las circunstancias del caso concreto, incluyendo notificación personal de todos los miembros que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable (*members who can be identified through reasonable effort*). La interpretación corriente de ese dispositivo es que en las *class actions* del tipo (b)(3) la notificación personal (por correspondencia) es obligatoria para todos los miembros fácilmente identificables. Para los demás miembros del grupo no fácilmente identificables, sin embargo, el juez debe promover la mejor notificación posible, frente a las circunstancias (*the best notice practicable under the circumstances*).

La cosa juzgada en el proceso colectivo vincula todos los miembros del grupo que sean adecuadamente notificados. El miembro del grupo que no haya recibido una adecuada notificación no será afectado por la cosa juzgada colectiva. La notificación adecuada para los miembros fácilmente identificables es personal: quienes no reciban la notificación no serán afectados por la cosa juzgada. La notificación adecuada para los miembros no fácilmente identificables es más flexible: no importa si el miembro no recibió la notificación, siempre que ésta haya sido la mejor posible.

#### 4.3 Cosa juzgada

En las acciones colectivas, se considera que el grupo está presente en juicio y así, la sentencia vincula a todos sus miembros. El efecto vinculante de la sentencia colectiva ante

las pretensiones individuales de los miembros del grupo es independiente del resultado de la demanda o de la suficiencia del material probatorio disponible para el grupo. Nada hay de revolucionario en el hecho de que una persona sea vinculada por los actos de su representante: lo que torna las acciones colectivas un caso peculiar, es que el representante se reviste de esa capacidad por cuenta propia, sin la autorización y muchas veces sin el conocimiento de los representados.

El efecto de la cosa juzgada no puede ser evaluado con criterio definitivo por el mismo juicio que emitió la sentencia. El juez se encuentra profundamente involucrado con la causa y le falta distanciarse del objeto para que pueda efectuar un adecuado análisis de la totalidad de la situación. Además, pueden faltarle algunas informaciones omitidas por las partes. Cualquier controversia sobre el alcance de lo juzgado debe ser objeto de una acción posterior, cuyo juez, en tesis, estará en mejores condiciones para investigar la cuestión. Por lo tanto, aunque la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada sea de la propia esencia de la acción colectiva, se trata de una cuestión que no puede ser decidida con carácter definitivo en el ámbito de la propia acción colectiva. El juez de la acción posterior (colectiva o individual) puede decidir que existió violación al debido proceso legal en la acción original, aunque el juez original haya decidido expresamente que la representación o la notificación fueron adecuadas. El juez posterior tiene el deber de investigar y el poder de decidir nuevamente tales cuestiones.

#### 4.4 Derecho de autoexclusión

Las acciones colectivas fueron concebidas para la tutela de derechos de un grupo numeroso de personas. Para que los ausentes en el proceso puedan ser legítimamente vinculados por la cosa juzgada de la sentencia colectiva emanada en un procedimiento en el cual no participaron o no autorizaron, se ha creado la ficción de que estaban presentes en juicio, representados por uno de los miembros del grupo.

Los miembros ausentes pueden ser considerados ficticiamente presentes en juicio en el proceso colectivo (miembros del grupo) a través de tres técnicas:

- a) la de la presencia obligatoria;
- b) la del *opt in* y
- c) la del *opt out*.

Cada una de esas técnicas tiene sus ventajas y sus desventajas.

A través de la técnica de la presencia obligatoria, todos los miembros del grupo serán considerados presentes en juicio, sin la posibilidad de excluirse del grupo y evitar ser afectados por la cosa juzgada producida en la acción colectiva. Esa es la técnica utilizada en las *class actions* de los tipos (b)(1) e (b)(2). Tales acciones colectivas se conocen como *mandatory class action* o *no opt out class action*. Esa técnica es importante en los casos donde la pretensión del grupo es de naturaleza indivisible y en los casos de insolvencia del demandado. Sin embargo, ella puede ser extremadamente tiránica y dañosa para los miembros del grupo en las situaciones donde las pretensiones colectivas sean divisibles y los miembros del grupo tengan interés en proponer acciones individuales.

A través de la técnica del *opt in*, será considerado presente en juicio (y vinculado por la sentencia colectiva) solamente aquel miembro del grupo que solicite expresamente su



inclusión en el proceso colectivo. Por una parte, esa técnica tiene la ventaja de incluir en el grupo solamente aquellos miembros realmente interesados en participar en el litigio colectivo, excluyéndose aquellos que consideren inadecuada la representación, los que prefieren tutelar personalmente sus intereses y los que simplemente no deseen tutelarlos en juicio. Por otra parte, se corre el riesgo de excluir de los beneficios ofrecidos por la tutela colectiva a un gran número de miembros que, por falta de conocimiento (de los hechos, del derecho, de la proposición de la acción), por temor a represalias o por otro motivo, no soliciten o no puedan solicitar su inclusión en el grupo. La natural inercia de la situación hace que el grupo y consecuentemente el valor de la causa *tiendan* a ser reducidos. Vencer esa inercia es muy difícil. Con el grupo así reducido, la acción colectiva pierde su fuerza y la contraparte sale fortalecida, en la medida que se esquivo de responder en juicio por la totalidad de los daños causados a la comunidad por su actividad. La impropiedad de ese sistema como una regla general es manifiesta. La Suprema Corte de Estados Unidos ya admitió que la técnica del *opt in* destruiría la eficacia de las *class actions*, principalmente en las acciones que involucran pretensiones individuales de pequeño valor.

Por el contrario, a través de la técnica de *opt out*, se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio y se condiciona su exclusión a una manifestación expresa en ese sentido. Existe naturalmente el riesgo de que un miembro del grupo, que ni siquiera tiene conocimiento de la existencia de la acción colectiva, sea afectado por la cosa juzgada y tenga su derecho declarado inexistente en juicio. No obstante, sobre todo en los casos donde el valor de la pretensión individual es reducido, la presunción de que el miembro del grupo perjudicado tiene interés en participar de la acción colectiva es mucho más realista. A final, en esos casos, la tutela colectiva es la única forma de tutela jurisdiccional de su interés. Por otro lado, en los casos donde las pretensiones individuales tienen valor muy alto, que justifiquen financieramente la proposición de acciones individuales, muy probablemente el miembro será informado de la existencia de la acción colectiva y podrá ejercer el derecho de autoexclusión o habrá ya propuesto su acción individual.

En el caso del sistema de *opt out*, la inercia opera para ampliar el número de personas abarcadas por el proceso colectivo, en la medida que los no notificados e indecisos permanecen como miembros del grupo en la ausencia de cualquier acto en contrario. La ventaja mayor es para el grupo, sobre todo en las causas de pequeño valor, cuyos titulares son personas sencillas que, por ignorancia, timidez, acomodo, miedo o simple inercia, jamás tomarán posición activa para intervenir en el proceso. Así como en el sistema de *opt in*, pocos miembros del grupo toman la iniciativa de intervenir en el grupo, en el sistema de *opt out* pocos miembros se dan al trabajo de solicitar su exclusión. En consecuencia, el índice de exclusión del grupo es ínfimo, en general inferior al 1%. En realidad, todo dependerá de los hechos y de las peculiaridades de la causa, del valor de las pretensiones individuales de los miembros ausentes, de la forma en que la notificación sea transmitida, etc. Por ejemplo, en los casos de *small claims class actions*, donde el valor de las pretensiones individuales no justifica la proposición de acciones individuales, es de esperarse un reducido número de exclusiones.

Si es cierto que el sistema de *opt out* opera en la práctica para aumentar el tamaño del grupo, se puede decir que este método es siempre ventajoso para la parte que tiene la razón, sea ella el grupo o la parte contraria. Si el grupo fue efectivamente perjudicado por el

demandado, es de su interés que todos los miembros sean beneficiados. Si es el demandado quien tiene la razón, estará interesado en que la sentencia de improcedencia de la acción colectiva vincule el mayor número posible de personas, cerrando definitivamente a controversia. Si eso es cierto, un sistema procesal que adopte el sistema de *opt in* se muestra no sólo ineficiente, como moralmente discutible.<sup>5</sup>

Por otro lado, la certificación de una acción colectiva crea un gran riesgo para el demandado, quien pasa a responder en juicio por una pretensión colectiva de altísimo valor, que puede llevarlo a la ruina. Agréguese a esto los elevados gastos con la defensa de una acción colectiva y estaremos ante un demandado fragilizado, vulnerable a chantajes y listo para aceptar acuerdos millonarios en acciones de mérito dudoso, con el único objetivo de evitar los gastos y los riesgos inherentes a la defensa de una acción colectiva.

La opción legislativa entre uno u otro sistema, por tanto, es extremadamente importante desde el punto de vista político, porque la técnica adoptada será decisiva en la determinación del tamaño del grupo y consecuentemente, de la indemnización debida por el demandado.

La *Rule 23(c)(2)(A)* prescribe que, en las acciones colectivas del tipo (b)(3), la notificación debe comunicar a todos los miembros que el juez excluirá del grupo cualquier miembro que así lo solicite, en el plazo estipulado por el juez. De acuerdo con la subdivisión (c)(2)(C), aquellos miembros que, notificados, no ejerzan el derecho de autoexclusión, serán vinculados por la cosa juzgada colectiva, sea la sentencia contraria o favorable a su interés (*whether favorable or adverse*). Los miembros que se excluyan del grupo no formarán parte de la controversia y en consecuencia no serán vinculados por la cosa juzgada colectiva, estando libres para proponer su propia acción individual.

El mecanismo de la notificación está íntimamente ligado al derecho de autoexclusión y viceversa. Por un lado, para que un miembro pueda autoexcluirse del grupo, es necesario que reciba una notificación adecuada sobre la certificación de una acción colectiva propuesta en tutela de su interés. De ahí la exigencia, para las acciones colectivas del tipo (b)(3), de que todos los miembros ausentes sean notificados de la certificación de la acción colectiva, inclusive personalmente, si es posible (*Rule 23(c)(2)*). Por otra parte, como las acciones colectivas de los tipos (b)(1) y (b)(2) no prevén el derecho de autoexclusión, la notificación al grupo puede ser más flexible, sin ser, necesariamente, personal. Sin embargo, exactamente porque las *class actions* de los tipos (b)(1) y (b)(2) no ofrecen el derecho de autoexclusión, pueden producir serias consecuencias para las esferas jurídicas de los miembros ausentes, constituyendo un motivo para ofrecer notificación más cuidadosa.

El derecho de autoexclusión proporciona un equilibrio entre los intereses de autonomía del individuo y la necesidad de dar tratamiento colectivo a la controversia. Se trata de una concesión a la individualidad de los miembros del grupo y al interés de cada miembro en controlar su propia acción. Ese interés puede ser extremadamente significativo o irrelevante, dependiendo de innumerables factores, como el valor de las pretensiones

---

<sup>5</sup> Entre los países que adoptan el sistema de *opt in* o equivalente, están Francia, con la *action en représentation conjointe*, Japón, con el *appointed party system* previsto en el art. 30 del Código de Proceso Civil japonés y Suecia. Un análisis comparativo mejor desarrollado se encuentra en Antonio Gidi, *Class actions in Brazil. A model for civil law countries*, *American Journal of Comparative Law* (en prensa).

individuales y la posibilidad de cada miembro de instaurar su propia acción individual. Para que el derecho de autoexclusión pueda ser ejercido de modo mínimamente significativo, sin embargo, es imperativo que el valor de las pretensiones individuales justifique los gastos con la acción individual.

Aunque el derecho de autoexclusión no esté previsto expresamente para las *class actions* del tipo (b)(1) e (b)(2), el juez tiene el poder discrecional de crearlo en un determinado caso concreto, a través de los amplios poderes que le son atribuidos por la *Rule 23(d)*. Todo dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero por el estudio de la jurisprudencia, se percibe que ese poder no se ejerce con mucha frecuencia en la práctica.

## 5. Anexo<sup>6</sup>

### Regla 23

#### Acciones Colectivas

**(a) Requisitos de una acción colectiva.** Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si (1) el grupo es tan numeroso que el litisconsorcio de todos los miembros es impracticable, (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo, (3) las demandas o defensas de los representantes son típicas respecto de las demandas o defensas del grupo, (4) los representantes protegerán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo

**(b) Hipótesis en las cuales acciones colectivas pueden ejercitarse.** Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si se satisfacen los requisitos de la subdivisión (a) y si además:

(1) el ejercicio de acciones individuales separadas por o contra los miembros del grupo podría crear un riesgo de

(A) sentencias inconsistentes o contradictorias con respecto a los miembros del grupo, lo que podría establecer modelos incompatibles de conducta para la parte opuesta al grupo; ó

(B) sentencias con respecto a miembros del grupo que podrían en la práctica perjudicar los intereses de otros miembros del grupo que no han participado en el proceso individual, o que dañen o impidan la aptitud de estos para proteger sus propios intereses; ó

(2) la parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiado una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como unidad; o

(3) el juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles

---

<sup>6</sup> Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos. Traducción libre al español por Antonio Gidi.

para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar, entre otras cosas: (A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (c) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (D) las dificultades que probablemente serán encontradas en la administración de esta acción colectiva.

**(c) Determinación si una acción colectiva puede ser certificada; notificación; fallo; acciones colectivas parciales**

(1) Tan pronto como sea posible después del comienzo de una acción ejercitada como acción colectiva, el juez determinará si esta puede ser certificada como acción colectiva. Esta decisión puede ser condicional y puede ser modificada antes de la decisión sobre el fondo.

(2) En toda acción colectiva de tipo (b)(3), el juez dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible dadas las circunstancias, incluyendo la notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable. La notificación informará a cada miembro que: (A) el juez excluirá al miembro del grupo si el miembro lo solicita hasta una fecha especificada, (B) el fallo, favorable o no, incluirá a todos los miembros que no soliciten su exclusión, y (C) cualquier miembro que no haya solicitado la exclusión puede, si lo desea, participar en el juicio con la asistencia de un abogado.

(3) El fallo en una acción colectiva de tipo (b)(1) o (b)(2), sea favorable o no al grupo, incluirá y describirá a aquellos que el juez considere miembros del grupo. El fallo en una acción colectiva de tipo (b)(3), sea favorable o no al grupo, incluirá y especificará o describirá a aquellos a los que se dirige la notificación prevista en la subdivisión (c)(2), que no han solicitado exclusión, y que el juez considere miembros del grupo.

(4) Cuando apropiado (A) una acción puede ser propuesta o mantenida como acción colectiva con objeto limitado a solamente algunas cuestiones, o (B) un grupo puede ser dividido en subgrupos y cada subgrupo debe ser tratado como un grupo autónomo, aplicándose las disposiciones de esta regla.

**(d) Proveimientos sobre el ejercicio de las acciones.** En el ejercicio de las acciones colectivas, el juez puede: (1) determinar el curso del proceso o adoptar medidas para prevenir repeticiones indebidas o complicaciones en la presentación de la prueba o en la argumentación; (2) promover, para la protección de los miembros del grupo o para el justo desarrollo de la acción, notificación en la forma que determine, para algunos o todos los miembros, sobre cualquier acto o fase del procedimiento o de los efectos de la sentencia, o para dar oportunidad para que los miembros expresen si consideran que la representación es justa y adecuada, para intervenir y presentar demandas o defensas, o para participar de la acción; (3) imponer

condiciones a los representantes o a los intervinientes; (4) ordenar que la demanda sea modificada para eliminar las alegaciones a la representación de personas ausentes en el proceso y que la acción se sustancie conforme a lo dispuesto; (5) decidir sobre otras cuestiones procesales similares. Estas resoluciones pueden estar combinadas con una resolución según la Regla 16 y pueden ser modificadas o revocadas según las necesidades del caso concreto.

**(e) Terminación o acuerdo.** Una acción colectiva no puede ser terminada voluntariamente por las partes ni un acuerdo tendrá validez sin la aprobación del juez, y la propuesta de terminación o acuerdo se notificará a todos los miembros del grupo en la forma que el juez establezca.

**(f) Apelación interlocutoria.** El tribunal de segunda instancia puede, en su poder discrecional, permitir una apelación de la certificación o decertificación de una acción colectiva, si el requerimiento ha sido hecho entre los diez días siguientes de la decisión. La apelación no suspende el procedimiento en el juicio de primer grado, a menos que el juez o el tribunal decidan diversamente.

Enmendado en 1966, 1987 y 1998